

A Jurisdição Constitucional como garantia das Constituições normativas e da proteção e efetividade dos Direitos Fundamentais

Dirley da Cunha Júnior¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O papel histórico da jurisdição constitucional na proteção e efetivação dos direitos fundamentais. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas

“É, exatamente, na garantia de uma superior legalidade, que o controle judicial de constitucionalidade das leis encontra sua razão de ser: e trata-se de uma garantia que, por muitos, já é considerada como um importante, se não necessário, coroamento do Estado de direito e que, contraposta à concepção do Estado absoluto, representa um dos valores mais preciosos do pensamento jurídico e político contemporâneo” (CAPPELLETTI, 1992, p. 129).

1. Introdução

Um dos maiores óbices ao reconhecimento da Jurisdição Constitucional é a invocada falta de legitimidade democrática dos juízes, que não são agentes eleitos pelo povo nem representam, consequentemente, a vontade popular. Esse obstáculo é frequentemente levantado sob o argumento de que não é admissível que juízes não

¹ Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestre em Direito Econômico pela UFBA. Professor Associado da Universidade Federal da Bahia (UFBA) onde leciona Direito Constitucional nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Professor Adjunto da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), onde leciona Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e Efetividade dos Direitos Sociais nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Professor Adjunto e Coordenador do Núcleo de Direito do Estado e da Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade Baiana de Direito. Conferencista e autor de diversas obras jurídicas. Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia. Ex-Procurador da República (1995-1999). Ex-Promotor de Justiça do Estado da Bahia (1992-1995).

eleitos pelo voto popular² possam controlar e invalidar leis elaboradas por um Poder Legislativo eleito para tal e aplicadas por um Poder Executivo também eleito. Para estes autores, a atuação dos juízes no controle de constitucionalidade das leis (no âmbito da chamada *justiça constitucional*) pode causar o que GRIMM (*apud* MENDES, 1999, p. 503) designou de “risco democrático” (*demokratisches Risiko*), agravado pelo fato de que, segundo aponta MENDES (1999, p. 503), e com apoio em GRIMM,

“as decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado. Embora não se negue que também as Cortes ordinárias são dotadas de um poder de conformação bastante amplo, é certo que elas podem ter a sua atuação *reprogramada* a partir de uma simples decisão do legislador ordinário. Ao revés, eventual *correção* da jurisprudência de uma Corte Constitucional somente há de se fazer, quando possível, mediante emenda”. (*grifado no original*).

Isso demonstra, ainda conforme MENDES (1999), que a Jurisdição Constitucional não está livre do perigo de converter uma vantagem democrática num eventual risco para a democracia, de tal modo que, concebido para reforçar o desenvolvimento do processo democrático, ele pode bloquear o desenvolvimento constitucional do Estado. Contudo, esse paradoxo, consistente na ameaça à democracia por quem está incumbido de protegê-la, não pode ser solucionado com a extinção ou, de qualquer modo, em desfavor da Jurisdição Constitucional. Nesse passo, deve-se fazer um esforço no sentido de preservar o equilíbrio do sistema e evitar disfunções.

O tema tem sido objeto de forte testilha doutrinária. Contudo, importa salientar, desde logo, com GARCIA DE ENTERRÍA (2001, p. 175), que a controvérsia a respeito da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional “ha sido ya juzgada por el Tribunal de la Historia, ante el cual la justicia constitucional no solo ha sido absuelta de tan graves cargos, sino que se ha afianzado definitivamente como una técnica quintaesenciada de gobierno humano”.

Deveras, a experiência constitucional de vários Países tem apontado para o fato de que o Estado Democrático de Direito não pode funcionar nem realizar seus valores

² Isto em tese, porque, como lembra BRITO, José de Sousa e. ‘Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático’. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*, p. 42, os juízes constitucionais também recebem a sua legitimação democrática do sufrágio popular, embora indiretamente, através da intervenção dos diretamente eleitos no processo de nomeação dos juízes. Lembramos que, no caso brasileiro, os juízes do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República eleito, após a aprovação de seus nomes pelos Senadores, também eleitos. Embora o sufrágio universal esteja na origem de toda decisão democrática, ele, por si só, não assegura o caráter democrático da decisão, razão porque se impõe descortinarmos outros elementos legitimadores da jurisdição constitucional, tarefa que se propõe o texto.

fundamentais sem uma justiça constitucional, de modo que, guardadas as peculiaridades destes Estados, a justiça constitucional deve ser considerada como uma *condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito* (STRECK, 2002)³. Ao revés de apontar dúvidas quanto à legitimidade da Jurisdição Constitucional, devemos ter em mente que, hodiernamente, a existência da justiça constitucional e de uma fortalecida e ativa jurisdição constitucional tornaram-se um requisito de legitimação e credibilidade política dos próprios regimes constitucionais democráticos, haja vista que a ideia de justiça constitucional passou a ser progressivamente compreendida como elemento necessário da própria definição do Estado Democrático de Direito.

Mesmo na França, que tradicionalmente resiste⁴ à ideia de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, o *Conseil Constitutionnel* tem evoluído no sentido de se transformar num verdadeiro Tribunal Constitucional, ao mesmo tempo em que a doutrina pugna pelo alargamento deste poder aos tribunais comuns com a adoção do modelo americano da *judicial review of legislation*. Outro tanto sucede na Inglaterra, onde já se fala, sem maiores reações, na criação de uma carta de direitos fundamentais, garantida constitucionalmente contra o legislador, e de confiar a sua defesa aos tribunais (MOREIRA, 1993). Ademais, há nesse País uma tendência em se criar um Tribunal Constitucional.

É inegável, portanto, que a efetividade e o sucesso de uma Constituição dependem fundamentalmente de uma Jurisdição Constitucional, que é a sua maior garantia. Sem esta garantia, afirma com propriedade o Professor argentino FERREYRA (2007)⁵, a Constituição fica vulnerável e exposta a violações de todas as ordens.

Desse modo, a ideia de soberania do Legislativo, em razão da representatividade popular, e da separação de Poderes, com a submissão do Judiciário à lei, cederam espaço para o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, que se assenta num

³ O autor conclui suas reflexões afirmando que o “caráter existencial do Estado Democrático de Direito passa a ser, nessa espiral hermenêutica, a condição de possibilidade do agir legítimo de uma instância encarregada até mesmo – no limite – para viabilizar políticas públicas decorrentes de inconstitucionalidades por omissão e repetidamente, constituir-se tal instância – a justiça constitucional – como remédio (por vezes amargo, mas necessário) contra maiorias” (p. 106).

⁴ Essa resistência tem por base a ideia da separação dos poderes e a inoportunidade de qualquer interferência do Poder Judiciário na atividade legislativa das assembleias populares.

⁵ “La ‘garantía jurisdiccional de la constitución’ o ‘control o revisión de constitucionalidad’ es el componente del sistema cuyo adecuado funcionamiento es el que mayor aptitud reviste para garantizar que la constitución se mantenga como disposición suprema del sistema jurídico estatal, respaldando la estructura jerárquica de éste” (FERREYRA, 2007, p. 93)

regime democrático e na garantia dos direitos fundamentais, onde a justiça constitucional é nota essencial. Com efeito, a soberania do Legislativo foi substituída pela soberania e supremacia da Constituição, em face da qual o Legislativo é um Poder constituído e vinculado pelas normas constitucionais, e o dogma da separação de Poderes foi superado pela prevalência dos direitos fundamentais ante o Estado.

Destarte, o constitucionalismo contemporâneo encarece um Estado Democrático de Direito construído sobre os pilares do regime democrático e dos direitos fundamentais, de tal modo que as Constituições contemporâneas imunizam-se contra as próprias maiorias, quando estas não estão a serviço da realização dos direitos fundamentais ou tendem a sufocar as minorias. Nesse particular, vale o registro da “crise” pela qual passa o sistema representativo, onde a maioria parlamentar, em regra, não corresponde com a vontade popular, uma vez que a representação política não mais se presta como efetivo instrumento de representação dos interesses da população, circunstância que vem fortalecendo a descoberta de novos instrumentos de representação popular.

Neste cenário de crise do sistema representativo, ainda mais agravado pela busca incessante, por outros caminhos legítimos, de pressão ao governo, torna-se cada vez mais necessário o reconhecimento da jurisdição constitucional como remédio eficiente de proteção das minorias e dos direitos fundamentais contra os abusos das maiorias. A crise da representação política e, conseqüentemente, da democracia representativa calcada na ideia da representação popular sintetiza a compreensão de que a lei, outrora expressão da vontade geral, tem se tornado um veículo de opressão e manifesto meio de violação dos direitos fundamentais e da Constituição. A história e a experiência constitucional vêm demonstrando que os parlamentos, eleitos para servirem à vontade popular, têm prestado um desserviço à população – com a elaboração de leis conformadas e comprometidas tão somente com a vontade governamental e à custa dos direitos fundamentais (RIVERO, 1984)⁶. É nesse contexto que emerge a necessidade de uma justiça constitucional capaz de proteger, pela via da Jurisdição Constitucional, os

⁶ Jean Rivero salienta que “a ideia de representação da vontade do cidadão pelo eleito, tem progressivamente diminuído na realidade, mediante a tomada de consciência pelo eleitor de que, definitivamente, os homens que são eleitos atuam para si mesmos e não para eles. O cidadão, ante essa avalanche de leis, cada vez mais completas, cada vez mais técnicas, cada vez mais conformadas com a vontade governamental, não reconhece sua própria vontade”. E arremata o autor: “essa transformação da lei conduz à tomada de consciência da necessidade de proteger os direitos fundamentais, inclusive perante a própria lei” (RIVERO, 1984, p. 667).

direitos fundamentais, as minorias, o sistema democrático e toda a Constituição. Isto porque, reiteramos, o sistema democrático fica gravemente afetado com qualquer violação a um direito fundamental reconhecido na Constituição.

2. O papel histórico da jurisdição constitucional na proteção e efetivação dos direitos fundamentais

O regime democrático e a necessidade de defesa e realização dos direitos fundamentais – premissas básicas do Estado Democrático de Direito – têm exigido dos órgãos da justiça constitucional uma atuação mais ativa na proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Aqui reside, sem dúvida, a melhor das justificativas da legitimidade da Jurisdição Constitucional, como instrumento de efetivo controle judicial das ações e omissões do poder público, cumprindo lembrar que, com NEUMANN (*apud* BITTENCOURT, 1949), o que caracteriza a democracia não é, propriamente, a intervenção do povo na feitura das leis – hoje mera ficção – mas, sim, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, cuja guarda e defesa incumbe ao Poder Judiciário. A propósito,

A defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal — que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte — não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profun-da-mente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.⁷

Destarte, não procede a objeção dirigida à legitimidade da justiça constitucional, sob o argumento de que o controle de constitucionalidade das leis realizado pelos juízes fere de frente o princípio da separação de Poderes e restringe a “vontade nacional” expressa através das leis votadas no parlamento. Bem a propósito, é esclarecedora a resposta que TEIXEIRA (1991, p. 375), com o peso de sua autoridade, apresenta, formulada nestes exatos termos:

A essa objeção deve-se responder, entretanto, que o órgão controlador não opõe sua própria vontade ao Legislativo, mas a *vontade mesma da Nação, expressa de modo mais elevado, mais vigoroso e mais solene, na Constituição*. Entre a vontade da Nação, estabelecida de modo irreformável por lei ordinária, na Constituição, e a vontade da Nação manifestada pelo Legislativo, através da lei ordinária, e em desacordo com a Constituição, é evidente que só à primeira cabe prevalecer. Se num país de rigidez constitucional acha-se a lei ordinária em

⁷ ADI 2.010-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/04/02.

desacordo com a Constituição, essa lei ordinária é apenas uma ‘aparência’ da vontade nacional, uma pseudovontade da Nação, pois a autêntica, a verdadeira vontade nacional já se manifestou, cercado-se de todas as cautelas, soberana e inconfundível, nos preceitos constitucionais. *(grifado no original)*.

No mesmo sentido, vale a pena lembrar o que disse HAMILTON (HAMILTON; MADISON; JAY, 1981, p. 226) a respeito do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, ao explicar o conteúdo da Constituição norte-americana, então recentemente elaborada, já se antecipando à célebre decisão do *Chief Justice MARSHALL*, no *leading case Marbury v. Madison*:

Alguma perplexidade quanto ao poder dos tribunais de pronunciar a nulidade de atos legislativos contrários à constituição tem surgido, fundada na suposição de que tal doutrina implicaria na superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Afirmar-se que a autoridade que pode declarar os atos da outra nulos deve ser necessariamente superior àquela cujos atos podem ser declarados nulos. (...)

Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. (...)

A presunção natural, à falta de norma expressa, não pode ser a de que o próprio órgão legislativo seja o juiz de seus poderes e que sua interpretação sobre eles vincula os outros Poderes. (...) É muito mais racional supor que os tribunais é que têm a missão de figurar como corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, dentre outras razões, para assegurar que este último se contenha dentro dos poderes que lhe foram deferidos. A interpretação das leis é o campo próprio e peculiar dos tribunais. Aos juízes cabe determinar o sentido da Constituição e das leis emanadas do órgão legislativo.

Esta conclusão não importa, em nenhuma hipótese, em superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Significa, tão-somente, que o poder do povo é superior a ambos; e que onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que edita, situar-se em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curvar-se à última, e não à primeira.⁸

Em consonância com esta posição, DALLARI (1977, p. 87) é elucidativo e preciso ao afirmar que:

O juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo o seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimação tem especial importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter as decisões judiciais.

Evidentemente que, quando o juiz deixa de aplicar uma lei ordinária, por considerá-la inconstitucional, ele não mais faz do que aplicar a própria Constituição, que representa a vontade “autêntica” e soberana do povo, expressa de modo mais elevado. Dito d’outro modo, o juiz constitucional, quando realiza o controle de constitucionalidade das leis, atua de forma a fazer sobrepor a vontade do legislador

⁸ Ver também Jorge Miranda, *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, op. cit., p. 54.

constituente, expressa na Constituição, à vontade do legislador ordinário. A ideia que subjaz à jurisdição constitucional é a de que a vontade da maioria constituinte incorporada na Constituição (que é a vontade soberana e autêntica do povo) *sempre prevaleça* sobre a vontade da maioria ordinária ou governante de cada momento. Ainda, compartilhando as lições de TEIXEIRA (1991, p. 373-374), cumpre não perder de vista o que expõe o autor:

Se meditarmos, por um só momento, no papel das leis como instrumento de governo nos Estados modernos; na verdadeira pletora legislativa que os caracteriza, em virtude do número e da complexidade cada vez maior dos modernos problemas governamentais, se tivermos ainda em vista a intervenção cada vez mais necessária do Estado nas várias esferas da vida humana, como corolário inescapável da própria complexidade da vida e do desenvolvimento social; e se refletirmos, afinal, sobre os constantes perigos do arbítrio estatal, de violação das liberdades, de abuso do poder, de desrespeito aos direitos individuais e coletivos, quer por meio das próprias leis, quer por atos de agentes e autoridades públicas, após considerarmos toda essas contingências, que pesam como verdadeira fatalidade sobre todas as sociedades dos nossos dias, bem poderemos avaliar o que representa, tanto para a existência da Constituição, como para a própria sobrevivência da liberdade e da ideia do Direito, o controle adequado da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Por tudo isso se percebe que a legitimidade da jurisdição constitucional repousa na extraordinária capacidade que ela tem de *harmonizar* os valores do Estado Democrático – consubstanciados no governo da maioria – e os valores do Estado de Direito – consolidados na supremacia da Constituição e na defesa dos direitos fundamentais –, de tal sorte que não só as maiorias, mas também as minorias passam a merecer a proteção no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Assim, podemos assegurar que a jurisdição constitucional extrai sua *legitimidade formal* da própria Constituição, que colhe como fórmula ou regime político o Estado Democrático de Direito e sua *legitimidade material* da necessidade indispensável de proteção das minorias e dos direitos fundamentais. Isto implica asseverar que, em última instância, é a própria vontade popular, fonte do Poder Constituinte, que confere à jurisdição constitucional o tônus de sua legitimação. Portanto, não é exagero sustentar que a jurisdição constitucional encontra-se ligada à própria lógica da soberania popular, cuja expressão máxima é a Constituição (MIRANDA, 2013)⁹.

⁹ “Em estritos termos jurídicos, a legitimidade do tribunal constitucional não é maior, nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição”. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há-de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática” (MIRANDA, 2013, 142).

Para além de sua legitimidade adveniente da só previsão em Constituição democrática, a jurisdição constitucional ainda haure sua legitimação da necessidade do controle do Poder pelo Poder. Nesse particular, a jurisdição constitucional é um imperativo ditado pela necessidade de um equilibrado sistema de freios e contrapesos, isto é, de um controle recíproco entre os Poderes, de tal modo que ela seja empregada a fim de que “*le pouvoir arrête le pouvoir*”. Para essa direção apontam as observações feitas por COOLEY (2002, p. 152), que, reportando-se às *limitações judiciais às usurpações do Poder Legislativo* no Direito Constitucional norte-americano, tem assim afirmado:

“O fim dos tribunais é aplicar a lei local às contendas que, uma vez suscitadas, são levadas à decisão deles. Sua autoridade é coordenada à autoridade do Poder Legislativo. Não lhe é nem superior nem inferior, mas cada uma dessas autoridades deve agir com igual dignidade dentro da esfera que lhe é assinalada. Porém o Poder Judiciário, tendo de decidir qual a lei que deve ser aplicada em determinada controvérsia, pode encontrar a vontade do Poder Legislativo, conforme é expresso em lei, em conflito com a vontade do povo em conformidade do expresso na Constituição, e as duas se não puderem conciliar. Neste caso, como o Poder Legislativo é o conferido pela Constituição, é claro que o poder delegado foi o que se excedeu; que o mandatário não se manteve dentro da órbita do mandato. O excesso, por conseguinte, é nulo e é dever do tribunal reconhecer e fazer efetiva a Constituição como o direito primordial, e recusar-se a dar execução ao ato legislativo, e assim o anular na prática”.

A legitimidade da justiça constitucional também encontra justificativa na aceitação de suas decisões pela opinião pública, razão porque todas as suas manifestações devem ser públicas e fundamentadas. Não sem razão, já dizia RUY BARBOSA (1991, p. 300) que a “majestade dos tribunais assenta na estima pública”. Com efeito, essa legitimidade também reside na consistência das decisões do Poder Judiciário, que devem ser fundamentadas e tornadas públicas, a fim de que se possa assegurar à sociedade que essas decisões não resultam de caprichos ou idiossincrasias dos juízes, mas sim de seus esforços em se manterem fiéis ao sentimento de equidade e justiça da comunidade. Destarte, a jurisdição constitucional, ao elevar os valores fundamentais de uma Constituição sobre os interesses ocasionais dos grupos políticos, ao assegurar a efetividade de toda a Constituição, ao garantir o exercício imediato de todos os direitos fundamentais, enfim, ao fazer da Constituição o elemento de referência vinculante e obrigatório de todos os Poderes, grupos e cidadãos, é uma ferramenta, sem dúvida alguma, *capaz de gerar consenso*. Ademais, o processo judicial que se instaura para o exercício da jurisdição constitucional torna-se um instrumento de *participação política e exercício permanente da cidadania* (GUERRA FILHO, 2001, p. 26).

Nesse particular, cumpre fazer referência à “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, de HÄBERLE, que propõe pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista, ou seja, a uma sociedade aberta, pressupondo a integração da realidade no processo de interpretação da Constituição. O processo constitucional, por conseguinte, torna-se parte do direito de participação democrática, onde todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, participantes materiais do processo social, estão envolvidos, de tal modo que a interpretação constitucional é, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e elemento formador dessa mesma sociedade. Porém, esclarece HÄBERLE (1997, p. 14): “Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação”. Cuida, tal proposta, de uma democratização da interpretação constitucional, o que corresponde a uma democratização da jurisdição constitucional, já que esta também deve levar em conta a opinião pública.

No mesmo sentido, BACHOF (1987) já defendia que a legitimidade da jurisdição constitucional seria obtida através de uma permanente comunicação ou diálogo duradouro com as partes, com os colegas do próprio tribunal, com os tribunais do mesmo nível, com os tribunais superiores ou inferiores, bem como com o mundo jurídico, com a ciência, com o povo e com a própria opinião pública¹⁰. Recordamos, a propósito, algumas práticas desenvolvidas por alguns Tribunais de assegurar a órgãos e entidades de representatividade o “direito de manifestação” nos processos constitucionais de natureza objetiva. Entre nós, essa prática de legitimação democrática – denominada pelos norte-americanos de *amicus curiae* – está prevista na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (no § 2º do art. 7º), que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Com essa manifestação franqueada aos órgãos e entidades representativas, tem-se um “pedaço” de representação da sociedade pluralista no processo constitucional.

A propósito, convém lembrar que o processo constitucional propicia a imediata e direta relação entre as partes e o juiz, de modo que a jurisdição constitucional também adquire sua legitimidade pelo incontestável fato de que os juízes, a despeito de não eleitos, são os que estão mais próximos de quem reclama por justiça, ou seja, a

¹⁰ Conferir, também, do mesmo autor: *Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política*. Trad., Coimbra, 1980.

população em geral. É mais fácil o acesso do povo aos órgãos judiciários do que aos órgãos executivos e legislativos. Na jurisdição constitucional exercida pelos juízes e tribunais no julgamento dos casos concretos (controle difuso-incidental), este acesso é significativamente amplo e expressivo, haja vista que qualquer pessoa pode, por meio de qualquer ação ou recurso (desde que adequada para sua pretensão), provocar a jurisdição constitucional. Na jurisdição constitucional exercida concentrada e abstratamente pelos tribunais constitucionais (ou tribunais homólogos, como no Brasil), o acesso é limitado, pela natural circunstância de que, neste modelo de controle, inexistente qualquer interesse subjetivo concreto a resolver, de quem quer que seja. Não obstante isso, alguns países, como o Brasil, fixam um amplo rol de legitimados, de grande representatividade popular (como, por ex., os partidos políticos, as entidades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais), para a instauração da jurisdição constitucional.

Não podemos olvidar, ademais, que no sistema de Constituições rígidas, a Constituição é norma jurídica dotada de supremacia, pois ocupa a cúspide do ordenamento jurídico estatal, conformando o Estado e vinculando os seus Poderes e todos os seus atos. Em razão dessa supremacia normativa da Constituição, GARCIA DE ENTERRÍA (2001, p. 175-196) associa a ideia da legitimidade da jurisdição constitucional à ideia do *caráter normativo* da Constituição. Segundo o autor, descabe falar em jurisdição constitucional se não se reconhece à Constituição o caráter de norma jurídica. Nesse caso, uma Constituição desprovida de juridicidade não passa de um mero compromisso ocasional de grupos políticos, substituível conforme o momento e os interesses determinantes. Todavia, se se lhe confere a natureza de norma, capaz de conduzir todo o processo político e a vida coletiva da comunidade, de tal modo que a Constituição se apresenta como o estatuto básico da vida comum, que, enfim, vincula e define limites ao poder, *sua eficácia deve ser assegurada jurisdicionalmente*. Aliás, o sucesso da jurisdição constitucional depende exatamente disso. A propósito, cumpre lembrar a advertência feita por KÄGI (*apud* CANOTILHO, 1998, p. 828), que, defendendo a conexão necessária entre a *força normativa da Constituição* e *jurisdição constitucional* no constitucionalismo contemporâneo, averbou: “diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu digo-te que conceito de constituição tens”.

Por este ângulo, podemos assegurar que a jurisdição constitucional é fundamental para garantir a força normativa da Constituição. Sem uma jurisdição

constitucional que imponha seu respeito e sua efetividade, ela é uma Constituição ferida de morte, o que afeta irremediavelmente a própria vontade soberana do povo manifestada com o exercício do Poder Constituinte, pois nesse caso sua sorte se liga à sorte do partido político que ocasionalmente ocupa o poder e que impõe, por simples prevalência fática, a interpretação que no momento lhe convém. E lembra GARCIA DE ENTERRÍA (2001) que essa foi a concepção básica que convenceu os constituintes americanos a criar a justiça constitucional, assim como foi o fundamento essencial da célebre decisão do *justice* Marshall no caso *Marbury v. Madison*, de 1803, que é considerada a primeira aplicação histórica do sistema de *judicial review*. A partir dessa perspectiva, acentua o autor que já é possível afastar as objeções habitualmente invocadas contra a justiça constitucional¹¹.

Tão importante é a jurisdição constitucional para o respeito e a efetividade da Constituição, que a Lei Fundamental de um Estado, assegurada pela jurisdição constitucional, é capaz de converter-se no campo comum do jogo das diferentes forças políticas e na regra básica que define o consenso fundamental de uma sociedade e da qual esta retira e mantém sua vitalidade e desenvolve suas virtualidades. Se se reconhece a imperatividade da Constituição, certamente se reconhecerá a relevância do papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional e sua imprescindibilidade na salvaguarda dos preceitos supremos da *Fundamental Law* e dos valores do Estado Democrático de Direito. Por essa razão, constitui pressuposto universal e onipresente de existência da jurisdição constitucional a supremacia e primazia da Constituição sobre todo o sistema jurídico. Sem essa virtude ou força condicionante da Norma Fundamental sobre as demais normas jurídicas, não há falar em jurisdição constitucional.

¹¹ Assim, afirma Enterría que “Lo que la experiencia de la justicia constitucional ha revelado es, justamente, la aparición de un reino nuevo donde extender el imperio del Derecho, un reino hasta entonces dejado al capricho y al arbitrio de los políticos, el reino de la Constitución, concebida no como una simple decisión existencial, consumada en un momento único y remitida en su suerte a todos los avatares y las pasiones de la lucha política ulterior, sino como una norma jurídica efectiva, que articula de manera estable los elementos básicos del orden político y social y que es capaz de funcionar normativamente como clave de bóveda del sistema jurídico entero” (*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 187). Para o mesmo sentido apontam as lições de Raúl Canosa Usera, para quem “La necesidad de garantizar la Constitución salva a los tribunales de poder ser acusados de antimayoritarios o antidemocráticos y ello porque su legitimidad deriva, no ciertamente de la mayoría presente, sino de la mayoría pretérita y constituyente. Según esto, convendría aseverar que su título de legitimación es superior al que podría recibir si su creación fuera el resultado de la acción de una mayoría conyuntural. Por lo demás, los jueces podrían ser elegidos directamente por el pueblo, como indicó Kelsen” (*Interpretación Constitucional y Fórmula Política*, p. 50-51).

Contestando SCHMITT (1998)¹², ainda aduz GARCÍA DE ENTERRÍA que, se é verdade que a justiça constitucional tende a resolver conflitos de natureza política, não menos certo é que essa resolução se faz por critérios e métodos jurídicos. Assim, a jurisdição constitucional, a despeito da natureza política das controvérsias que ela se propõe a solucionar, é desempenhada com o emprego de critérios jurídicos, até porque ela somente pode afastar a incidência de uma lei, quando fundamentada e exercida com supedâneo no Direito, ou seja, sob o parâmetro de uma Constituição, pois

la superioridad de su función solo como superioridad de la Constitución misma puede ser aceptada por el cuerpo político; si esa conexión imprescindible entre Tribunal constitucional y Constitución se quiebra, aquél, que no tiene otro título de legitimidad posible, no sería soportado un solo minuto. (GARCIA DE ENTERRÍA, 2001, p. 185)

Desse modo, fica fácil constatar que não é intento da jurisdição constitucional substituir-se à política. Não é certo, diz ENTERRÍA, que a jurisdição constitucional objetive eliminar a política para pôr-se em seu lugar, como sustentam alguns.

Por el contrario (...), una de las funciones básicas de la jurisdicción constitucional es la de mantener abierto el sistema, la de hacer posible su cambio permanente, el acceso al poder de las minorías frente a cualquier intento de cierre o congelación de la dominación existente por parte de las mayorías más o menos ocasionales, lo cual es por de pronto también un hecho de experiencia fácilmente comprobable. Y se comprende fácilmente que *esta apertura del sistema sea precisamente más posible cuando la asegura un Tribunal Constitucional como intérprete de una Constitución democrática que no cuando queda confiada a la buena voluntad del partido en el poder en cada momento*. (GARCIA DE ENTERRÍA, 2001, p. 188-189).

GARCÍA DE ENTERRÍA também afasta a objeção segundo a qual a decisão judicial tende, antidemocraticamente, a sobrepor-se ao voto majoritário do parlamento, menosprezando a vontade geral do povo, que cumpre ao Legislativo representar, nas chamadas Democracias representativas. Segundo o autor, que traz argumentos semelhantes aos de MEIRELLES TEIXEIRA atrás examinados, essa objeção nega o próprio conceito de Constituição. Ora, a Constituição é obra do Poder Constituinte e, como tal, superior ao Poder Legislativo ordinário, que só pode organizar-se e funcionar conforme a Constituição mesma. Desse modo, a “vontade” geradora da Constituição sempre

¹² Segundo CARL SCHMITT, “Una expansión sin inhibiciones de la Justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino los Tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional es una contradicción en los términos” (*Verfassungsrechtliche Aufsätze*, p. 98, *apud* EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 159). Carl Schmitt, na polêmica discussão que travou com HANS Kelsen acerca de quem deveria ser o defensor da Constituição, sustentou que o controle da constitucionalidade ostenta uma feição nitidamente política, e não jurisdicional, de modo que não podia um Tribunal Constitucional exercê-lo, como defendia Kelsen. Para SCHMITT, reportando-se à Constituição de Weimar (1919), o defensor da Constituição era o Presidente do Reich, consoante ilação que fez do art. 48 daquela Constituição (*La defensa de la Constitución*, Tecnos, 1998).

haverá de prevalecer à “vontade” que, por ficção, cumpre ao Poder Legislativo ordinário representar.

A jurisdição constitucional é exatamente a guardiã daquela vontade soberana, posto que criada por ela mesma para esse fim. Ademais, os direitos fundamentais, consagrados na Constituição, impõem, já sublinhamos, rigorosos limites ao Poder Legislativo. Por essa razão, é evidente que uma maioria parlamentar ocasional que os viola, longe de estar legitimada pelo argumento da maioria, está revelando verdadeiro abuso de poder. Daí que a função protetora da jurisdição constitucional, frente a esse abuso, invalidando os atos legislativos infringentes dos direitos fundamentais, é a única possibilidade eficaz de combatê-lo, pois “no hay alternativa posible si se pretende una garantía efectiva de la libertad, que haga de ella algo más que simple retórica del documento constitucional” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2001, p. 190). Só a jurisdição constitucional pode oferecer garantias eficazes frente ao risco de esmagamento das minorias e da violação dos direitos fundamentais, nos quais radica a possibilidade mesma da democracia, de tal sorte que “puede y debe hablarse del carácter estrictamente democrático de la jurisdicción constitucional” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2001, p. 191).¹³

Ainda segundo GARCÍA DE ENTERRÍA, a experiência constitucional de vários países tem revelado ser a jurisdição constitucional um importante mecanismo de integração política e social da comunidade a que serve. Sob esse aspecto, a jurisdição constitucional tem realizado, para além de uma função de controle, uma formidável função legitimadora de caráter educativo e pedagógico, onde os juízes são os maestros de uma orquestra nacional de vida. A propósito, e de referência ao Direito Alemão, convém citar RUDOLF SMEND e sua teoria da integração, para quem a prática da jurisdição constitucional tem produzido um resultado historicamente positivo, na medida em que vem reforçando os fundamentos da Lei Maior e tem servido de peça essencial para a educação política dos cidadãos. Para SMEND, a jurisdição constitucional desenvolve três importantes tarefas:

¹³ Embora não exista vinculação direta com o objeto do presente trabalho, é importante anotar, como faz García de Enterría, que a justiça constitucional, desempenhada pelas Cortes Constitucionais, é também indispensável para dirimir conflitos entre entes ou órgãos constitucionais, haja vista que “solo el Tribunal está en condiciones de impedir las invasiones de unos sobre las competencias de los otros, de asegurar con objetividad el mantenimiento del equilibrio que la Constitución ha erigido como una de sus construcciones principales”.

Por una parte, crea orden en el amplio espacio de las cuestiones jurídico-constitucionales, en las que solo puede crear un orden auténtico una justicia independiente del más alto rango. En segundo lugar, fortalece las bases de nuestra existencia política, en la que nos permite a los ciudadanos experimentar la vivencia de la condición de Estado de Derecho de nuestra comunidad y de la dignidad garantizada de ciudadanos libres. Finalmente, lucha por el imperio de los derechos y de los bienes al tomar como motivación expresa de sus decisiones estos más altos valores de la tierra. (*apud* GARCÍA DE ENTERRÍA, 2001, P. 195)

Reforça essa ideia a existência de constituições pluralistas, que têm exigido uma justiça constitucional que, com sua necessária e inerente imparcialidade, permita o livre desenvolvimento das forças sociais e políticas.

Concluindo o que chamou de “resposta” às objeções formuladas contra a jurisdição constitucional, GARCÍA DE ENTERRÍA defende, com entusiasmo, a instituição e manutenção da justiça constitucional, como a possibilidade única e legítima de defesa dos valores supremos de uma sociedade, consagrados numa Constituição normativa. São suas as seguintes lições:

La justicia constitucional (...) no disuelve el Estado en jurisdicción, no elimina la política ni la democracia, antes bien acendra su sentido y las reconduce a su cauce propio, incluso al cauce abierto de la revisión constitucional si tal es la expresa voluntad popular; pero, además, lejos de abocar a situaciones críticas en las situaciones de conflicto contribuye poderosamente a su pacificación, es un instrumento incomparable de ‘paz jurídica’ y de renovación de los ‘consensos fundamentales’, que son los que sostienen la Constitución. Como certeramente se ha notado, la justicia constitucional es el instrumento a través del cual el *fundamental law*, el pacto social constitucional retiene y actualiza toda su virtualidad y eficacia. Aunque no sea la panacea absoluta, porque es ley humana que no existan panaceas, es el más eficaz de los instrumentos de integración política y social que las sociedades avanzadas conocen, según es experiencia común. (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2001, p. 195-196).

Bem persuasivo, BIDART CAMPOS (1987) afiança que a justificativa da jurisdição constitucional subjaz na *função* que exerce e não na origem dos órgãos que a realizam. Segundo o autor argentino, se a legitimidade democrática de todo e qualquer órgão é sacada da Constituição (obra da vontade soberana do povo), e se é a Constituição que cria a jurisdição constitucional e os órgãos para exercê-la, é de se concluir que essa legitimidade não é uma qualidade privativa de cada órgão de Poder singularmente considerado, senão de toda a estrutura do Poder em conjunto, na qual a jurisdição constitucional tem exercido um papel relevante na defesa da supremacia constitucional e dos direitos fundamentais.

A necessidade de conciliação entre o constitucionalismo e a democracia exige que se distribuam, de forma equilibrada, as atribuições entre Legislativo e Judiciário, cabendo àquele identificar e colher os valores fundamentais da sociedade e, a este, a missão de garantir o funcionamento do processo político, de modo a permitir que seus canais estejam sempre abertos a todos, maioria e minoria. Este é o pensamento HART ELY (1980)¹⁴, que vem sustentando que “melhor do que ditar resultados substantivos”, o juiz deve intervir “somente quando o ‘mercado’, no nosso caso o mercado político, estiver sistematicamente funcionando mal”. E esse mau funcionamento do mercado político ocorre quando os canais de participação política se fecharem, negando-se a participação às minorias. Nesse passo, à jurisdição constitucional cumpre o decisivo papel de garantir a participação das minorias políticas no jogo democrático e assegurar o natural fluxo e a lisura do processo democrático, como condição de efetivação e reforço dos valores substantivos da sociedade. Com isso, evita-se que o poder da maioria se tire, proscrevendo os direitos das minorias e pondo em risco o próprio funcionamento do regime democrático (BINENBOJM, 2001).

¹⁴ Não pretendemos aqui examinar a posição deste importante autor norte-americano. Contudo, cumpre-nos sumariar brevemente sua compreensão acerca da justiça constitucional. John Hart Ely, já no início de seu trabalho, qualifica de falso o seguinte dilema: a) ou o Judiciário se limita a examinar as decisões valorativas de pessoas que morreram há mais de um século (pensamento dos interpretativistas), b) ou o Judiciário fará as próprias opções valorativas da sociedade (pensamento, em parte, dos não interpretativistas). Ele descarta essas duas alternativas, sob o argumento de que não é compatível com a democracia subordinar todas as futuras gerações aos valores escolhidos há mais de um século, nem confiar-se a juízes não eleitos a função de fixar os valores fundamentais da sociedade, pois as decisões substantivas fundamentais numa sociedade democrática devem ser tomadas pelos representantes do povo. Ele propõe, então, uma terceira via, que seja compatível com os pressupostos democráticos. Assim, cumpre ao Judiciário assegurar a lisura dos procedimentos pelos quais a democracia se realiza, sendo-lhe defeso fazer qualquer escolha substantiva. De feito, a abordagem de Ely aproxima a jurisdição constitucional a algo semelhante ao papel do “árbitro de futebol”, ou seja, àquele que só deve intervir quando se violam as regras do jogo, causando-lhes uma “disfunção”. Essa disfunção pode ser de dois tipos: a) os que estão no Poder resolvem bloquear os canais de mudanças políticas, para impedir o acesso aos que estão fora, e assim perpetuar-se no Poder, e b) os representantes da maioria resolvem prejudicar as minorias, negando-lhes a proteção assegurada a outros grupos pelo sistema representativo. E como, para o autor, “as Cortes devem proteger aqueles que não podem proteger-se politicamente por si mesmos”, a função da jurisdição constitucional, nesse sentido, limita-se a resolver essa disfunção, zelando para que o “mercado” (processo político) funcione bem. Para Ely, portanto, a atuação da justiça constitucional deve limitar-se à defesa da lisura do procedimento democrático, circunstância que revela o entendimento do autor a restringir a justiça constitucional à tutela dos direitos de livre participação política e proteção das minorias. Sua tese central é a de que a justiça constitucional limita-se às questões de participação política, reduzindo a *judicial review* à mera dimensão processual. Segundo sua crença, a justiça constitucional não pode intervir sobre a substância ou o conteúdo das escolhas políticas (valores). A despeito da importante contribuição do autor, não podemos concordar em que a jurisdição constitucional fique reduzida à mera dimensão processual. Ela envolve – e isto está implícito neste item do nosso trabalho – uma atividade substantiva de valoração de conteúdos e conceitos constitucionais. Pressupõe, enfim, uma articulação da *concepção substantiva de Constituição* com o *princípio democrático*, no sentido de que os parâmetros substantivos da Constituição são concretizados político-jurídico-valorativamente pelo legislador e controlados jurídico-valorativamente pelos tribunais, conforme enfatiza Canotilho (*Direito Constitucional...*, op. cit., p. 1125).

Para essa direção também apontam as lições de Kelsen a respeito da jurisdição constitucional. Com efeito, Kelsen associava a jurisdição constitucional à democracia, enquanto regime de proteção e defesa dos direitos das minorias. Na memorável conferência proferida perante a Associação dos Professores de Direito Público alemães, o jusfilósofo da escola de Viena apontou a importância e defendeu o papel da jurisdição constitucional num sistema democrático, notadamente na defesa das minorias. Em lapidar síntese, Kelsen (1980, p. 144) deixou registrado o seguinte:

Contra as muitas censuras que se fazem ao sistema democrático – muitas delas corretas e adequadas –, não há melhor defesa senão a da instituição de garantias que assegurem a plena legitimidade do exercício das funções do Estado. Na medida em que a amplia o processo de democratização, deve-se desenvolver também o sistema de controle. É dessa perspectiva que se deve avaliar aqui a jurisdição constitucional. Se a jurisdição constitucional assegura um processo escorreito de elaboração legislativa, inclusive no que se refere ao conteúdo da lei, então ela desempenha uma importante função na proteção da minoria contra os avanços da maioria, cuja predominância somente há de ser aceita e tolerada se exercida dentro do quadro de legalidade. A exigência de um *quantum* qualificado para a mudança da Constituição traduz a ideia de que determinadas questões fundamentais devem ser decididas com a participação da minoria. A maioria simples não tem o direito de impor a sua vontade – pelo menos em algumas questões – à minoria. Nesse ponto, apenas mediante a aprovação de uma lei inconstitucional poderia a maioria afetar os interesses da minoria constitucionalmente protegidos. Por isso, a minoria, qualquer que seja a sua natureza – de classe, de nacionalidade ou de religião – tem um interesse eminente na constitucionalidade da lei.

Isto se aplica sobretudo em caso de mudança das relações entre maioria e minoria, se uma eventual maioria passa a ser minoria, mas ainda suficientemente forte para obstar uma decisão qualificada relativa à reforma constitucional. Se se considera que a essência da democracia reside não no império absoluto da maioria, mas exatamente no permanente compromisso entre maioria e minoria dos grupos populares representados no Parlamento, então representa a jurisdição constitucional um instrumento adequado para a concretização dessa ideia. A simples possibilidade de impugnação perante a Corte Constitucional parece configurar instrumento adequado para preservar os interesses da minoria contra lesões, evitando a configuração de uma ditadura da maioria, que, tanto quanto a ditadura da minoria, se revela perigosa para a paz social.

Kelsen, em suma, defendeu a criação da jurisdição constitucional, em especial de um Tribunal Constitucional, partindo do pressuposto de que ninguém pode ser juiz em causa própria, de modo que: não se pode confiar a invalidação de uma lei inconstitucional ao mesmo órgão que a elaborou; assim, tal competência deve ser atribuída a um Tribunal Constitucional. A alegada “soberania do parlamento” não é argumento impeditivo desta *judicial review of legislation*, pois soberano é o Estado em seu conjunto e o parlamento está subordinado à Constituição. Nem se contra alegue com a “separação de Poderes”, pois o Tribunal Constitucional não exerce pura função jurisdicional, mas sim legislativa negativa, com a invalidação das leis. O Tribunal Constitucional, na verdade, partilha da função legislativa. Assim, num Estado Democrático, não se deve falar em separação de Poderes, mas em divisão de Poderes.

Desse modo, a jurisdição constitucional não contrasta com esse princípio, antes o afirma (KELSEN, 1980, p. 171-174).

Também na mesma linha, HABERMAS (1997), com sua teoria procedimentalista da democracia e dos direitos fundamentais, afiança a legitimidade da jurisdição constitucional como guardião dos direitos fundamentais contra as maiorias legislativas ocasionais, considerados aqueles direitos como condições indispensáveis para a participação dos cidadãos na formação do processo democrático. Em última análise, HABERMAS concebe a jurisdição constitucional como a guardião da própria democracia. São suas as seguintes palavras:

o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos das normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema da legitimidade do controle de constitucionalidade. (HABERMAS, 1997, p. 326).

No constitucionalismo contemporâneo, as Constituições vêm fixando limites à manifestação da vontade popular e vinculando a atuação dos órgãos de representação dessa vontade a determinados procedimentos e conteúdos. Isto já demonstra que essas Constituições exigem que toda atuação – comissiva e omissiva – dos órgãos representativos da vontade popular se sujeite a controle e crítica. Nesse contexto, a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um regime democrático que imponha limites aos impulsos da maioria e condicione o exercício da vontade majoritária. Muito pelo contrário, a jurisdição constitucional afigura-se como meio indispensável a assegurar as condições de existência e desenvolvimento da democracia e a solucionar os possíveis conflitos que atentam contra o próprio regime. Percebemos, assim, que a jurisdição constitucional passa a ser compreendida como uma *peça-chave* fundamental em uma sociedade pluralista, atuando como fator de estabilização ao regime democrático (GRIMM, *apud* MENDES, 1999).

É interessante também a posição de DWORKIN na defesa da legitimidade da jurisdição constitucional. Para este autor, é possível conciliar a jurisdição constitucional com a democracia, “se pudermos formular um programa apolítico para decidir casos constitucionais” (DWORKIN, 2001, p. 42). Partindo da distinção que faz entre *democracia majoritária*, fundada no princípio da maioria, e o que designou de

*democracia constitucional (constitutional democracy)*¹⁵, DWORKIN sustenta que a justiça constitucional deve tomar decisões importantes, mas decisões de princípios, e não de política, ou seja, decisões acerca dos direitos das pessoas no sistema constitucional e não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral. Estas decisões de princípios, segundo o autor, devem ser tomadas elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, haurida do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. E ainda, uma verdadeira democracia é aquela onde todas as pessoas são tratadas com igual respeito e consideração. Se é certo que a democracia é o governo segundo a vontade da maioria, não menos exato é afirmar que o princípio majoritário não assegura o governo pelo povo senão quando todos os membros da comunidade são concebidos, e igualmente respeitados, como agentes morais.

DWORKIN, neste contexto, afiança que a jurisdição constitucional assegura que as questões mais importantes de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político. É tão fundamental a justiça constitucional que ela obriga o debate político a incluir o argumento acerca do princípio, não apenas quando um caso vai à apreciação do Judiciário, mas muito antes. O autor revela que, nas últimas décadas, o povo norte-americano debateu a moralidade da segregação racial e chegou a um grau de consenso, no nível do princípio, que antes se entendia impossível. Esse debate, conclui o autor, não teria tido a importância que teve, não fosse o fato e o simbolismo das decisões da Suprema Corte, no exercício da jurisdição constitucional. Enfim, referindo-se à jurisdição constitucional ou ao *judicial review of legislation*, como se denomina nos Estados Unidos, DWORKIN arremata, afirmando que:

“Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum de princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais

¹⁵ Segundo Dworkin, “Democracy means government subject to conditions – we might call these ‘the democratic’ conditions – of equal status for all citizens. When majoritarian institutions provide and respect the democratic conditions, then the verdicts of these institutions should be accepted by everyone for that reason. But when they do not, or when their provision or respect is defective, there can be no objection, in the name of democracy, to other procedures that protect and respect them better. The democratic conditions plainly include, for example, a requirement that public offices must in principle be open to members of all races and groups on equal terms. If some law provided that only members of one race were eligible for public office, then there would be no moral cost – no matter for moral regret at all – if a court enjoyed the power to do so under a valid constitution struck down that law as unconstitutional. That would presumably be an occasion on which the majoritarian premise was flouted, but though this is a matter of regret according to the majoritarian conception of democracy, it is not according to the constitutional conception” (*Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 2ª ed., 1996, p. 17-18, *apud* Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, op. cit., p. 502).

fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de Direito”.

De ver-se, assim, que a falta de representatividade direta dos órgãos incumbidos da jurisdição constitucional não é obstáculo ao reconhecimento de sua legitimidade democrática. Isto porque, como por tantas vezes enfatizado neste texto, numa democracia complexa de uma sociedade também complexa, pretende-se assegurar não só o governo das maiorias, como também o respeito às minorias e aos direitos fundamentais, razão porque os meios de controle devem ser exercidos por órgãos estranhos aos próprios órgãos representativos controlados. Nesse contexto, a jurisdição constitucional apresenta-se como um efetivo instrumento de controle da atividade dos poderes públicos, exercida para proteção dos direitos fundamentais e das minorias excluídas, bem como para corrigir os abusos da maioria parlamentar, objetivando reconduzir essa atividade dos poderes públicos aos limites fixados pela Constituição. Por essa razão, penso que é absolutamente equivocada a afirmação de muitos, de que a jurisdição constitucional é *contramajoritária*.

3. Conclusão

A jurisdição constitucional surgiu como uma garantia democrática de submissão do poder constituído à vontade soberana do povo, a partir da qual se legitima. Representa, sem dúvida, uma garantia popular frente ao legislador arbitrário que dita leis iníquas ante a dimensão axiológica da Constituição, ou que se omite da prática de leis que seriam condições para a efetivação e o desenvolvimento dos valores constitucionais.

Em suma, o discurso de legitimidade da jurisdição constitucional, sintetizado nas várias posições doutrinárias que buscam conciliar a justiça constitucional e a democracia, reside verdadeiramente na vontade soberana do povo que a institui, por meio do Poder Constituinte, para assegurar, de um lado, a força normativa e a supremacia da Constituição e, de outro, o acesso imediato dos direitos fundamentais e a participação política das minorias no processo democrático. Ela existe tanto para garantir e proteger a Constituição como para assegurar seu desenvolvimento e adaptação ao longo do tempo. Nesse sentido, ela apresenta-se como uma entidade encarregada ou delegada do Poder Constituinte para a defesa de sua obra, a fim de pô-la

em vivência, buscando transformar em realidade os valores supremos da sociedade e albergados no seu texto sacramental.

Não obstante tradicionalmente afirmar-se *contramajoritária* em relação aos atos do parlamento, a jurisdição constitucional não é antidemocrática, uma vez que sua autoridade lhe é confiada e assegurada pela vontade suprema do povo, para controlar não só a lisura do processo político em defesa das minorias, como também o respeito pelos valores substantivos consagrados no Estado Democrático. Portanto, quando se manifesta *contrária à maioria parlamentar*, a jurisdição constitucional visa a *atender a vontade soberana do povo*. A justiça constitucional, na síntese perfeita de CAPPELLETTI (1992, p. 131), expressa a própria vida, a realidade dinâmica, o vir a ser das “Leis Fundamentais”. Consiste, em última instância, em um refinado instrumento promotor da felicidade humana.

E se essa legitimidade já é manifesta quando a jurisdição constitucional tem por objeto a invalidação de um ato positivo do poder público, *a fortiori* ela se mostra evidente quando a jurisdição constitucional precisa incidir sobre as omissões do poder público. Com efeito, não se justifica o tratamento diferenciado dispensado a esses dois tipos de controle judicial (da ação e da omissão do poder público), já que, em ambas as hipóteses, o juiz interfere no âmbito da atividade legislativa, mais ainda, ou seja, com maior intensidade, quando invalida a lei por inconstitucionalidade, pois, nesse caso, o juiz estará superpondo sua interpretação da Constituição à interpretação do legislador, assegurando que a lei, um ato positivo do Poder Legislativo, é incompatível com a Carta Constitucional. Já quando controla a omissão para supri-la, o juiz apenas atua supletivamente, agindo provisória e secundariamente onde o legislador infrator não agiu, inexistindo, nesse caso, superposição de Poderes. Assim, se a lei inconstitucional deve ser invalidada e privada de eficácia, igualmente deve-se suprir as omissões inconstitucionais, máxime quando, por força de um dever jurídico plasmado na Constituição, *não existe liberdade de não normação* por parte do poder público, em razão de a omissão normativa impedir o desfrute de um direito fundamental constitucionalmente consagrado. E isso é ainda mais verdadeiro em um Estado Social, onde a realização dos direitos ditos fundamentais à prestação depende fundamentalmente da intervenção do poder público.

MIRANDA (2013) faz referência a uma legitimidade de título e uma legitimidade de exercício. É exatamente pelo fato de os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados que eles podem declarar a inconstitucionalidade das leis. O título de investidura lhes confere legitimidade.

De todo o exposto, podemos concluir que a jurisdição constitucional, em razão de sua importância para a supremacia constitucional, para a democracia, para as minorias e para os direitos fundamentais, revela-se como uma necessidade radicada na história, mesma antiga, da civilização humana.

4. Referências bibliográficas

BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas, 1987.

_____. *Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política*. Trad., Coimbra, 1980.

BARBOSA, Ruy. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Secretaria da Cultura-Fundação Casa de Rui Barbosa, 1991, v. 19.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio, *O Contôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

BRITO, José de Sousa e. 'Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático'. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*, p. 42.

CAMPOS, German J. Bidart. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª ed., trad. Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. Russell, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade*. 9ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. 'O Controle de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal'. In: *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, p. 151-183, 1977.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. reimp., Madrid: Civitas, 2001.
- FERREYRA, Gustavo. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judiciabilidad de la enmienda*. 1ª Ed, Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 93.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. rev. amp., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol 1º.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*, 1981.
- KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5, 1928, p. 80-81; Cf. também tradução italiana de Carmelo Geraci, 'La Garanzia Giurisdizionale della Costituzione'. In: *La giustizia costituzionale*, Milão, 1980.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2ª ed., rev. amp., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI, 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*.
- MOREIRA, Vital. 'Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade'. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- RIVERO, Jean. 'A modo de síntesis'. In: Vários Autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.